

REVOGAÇÃO DA EQUIPARAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS AOS CRIMES HEDIONDOS, PELO “PACOTE ANTICRIME”, PARA OS EFEITOS DE PROGRESSÃO DE REGIME

*REVOCATION OF THE EQUALIZATION OF DRUG TRAFFICKING
TO HIDEOUS CRIMES, BY THE “ANTICRIME PACKAGE”,
FOR THE EFFECTS OF REGIME PROGRESSION*

Nícolas Bortolotti Bortolon

*(Mestre em Direito Processual - Universidade Federal do Espírito Santo.
Defensor Público Federal - 1º Ofício Criminal da DPU Vitória/ES)
nicolas.bortolon@dpu.def.br*

RESUMO

A Lei n.º 13.964/19, o chamado “Pacote Anticrime”, promoveu diversas alterações na legislação penal e processual penal, o que, ao menos sob o pálio argumentativo de sua epígrafe, dava-se no sentido de aperfeiçoar esse arcabouço normativo. A verdade, porém, é que se tratou, em sua maior parte, de mais um conjunto de normas de recrudescimento de penas e aumento da dificuldade de seu cumprimento e da recuperação da liberdade pelo condenado, chamando atenção, principalmente, a alteração do art. 112 da Lei de Execuções Penais, que passou a contar com porcentagens muito maiores para progressão de regime do que na sua redação anterior. Contudo, ao menos um ponto destoou, intencionalmente ou não, desse plantel de recrudescimento do punitivismo, já bastante exacerbado, de nosso sistema jurídico criminal: a revogação do fundamento legal de equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos, o art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90, e a consequente modificação das regras de progressão de regime de tal espécie criminal. O presente artigo busca demonstrar as razões pelas quais se deve entender como revogada a equiparação do tráfico aos crimes hediondos, pelo “Pacote Anticrime”, e por que essa verdadeira *novatio legis in melius* pode retroagir e servir como importante instrumento prático e normativo de redução do problema crônico de superlotação do já amplamente reconhecido estado de coisas inconstitucional do nosso sistema carcerário.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Crime hediondo. Execução penal. Progressão de regime. Pacote Anticrime.

ABSTRACT

The Law n.º 13.964/19, so-called “Anticrime Package”, promoted several changes in criminal legislation and criminal procedure, which, at least under the argumentative pallium of its epigraph, occurred in the sense of improving this normative framework. The truth, however, is that it was, for the most part, another set of rules for the intensification of sentences and an increase in the difficulty of their compliance and the recovery of freedom by the condemned, drawing attention, mainly, to the amendment of art. 112 of the Penal Executions Law, which now has much higher percentages for regime progression than in its previous wording. However, at least one point, intentionally or not, clashed with this squad of resurgence of punitivism, already quite exacerbated, in our criminal legal system: the repeal of the legal provision that equated the crime of drug trafficking with heinous crimes, the article 2, §2, of the Law 8.072/90, and the consequent modification of the rules of regime progression of such a criminal type. This article seeks to demonstrate the reasons why the “Anticrime Package” should be understood as being revoked the equation of trafficking with heinous crimes, and how this true *novatio legis in mellius* can retroact and serve as an important practical and normative instrument to reduce the chronic problem of overcrowding of the already widely recognized unconstitutional state of affairs of our prison system.

Keywords: Drug trafficking. Heinous crimes. Penal execution. Regimen progression. Anticrime Package.

Data de submissão: 05/09/2022

Data de aceitação: 12/07/2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. DA NÃO EQUIPARAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS AOS CRIMES HEDIONDOS E DA ATUAL FRAÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME. 1.1 Da correta interpretação do inc. XLIII do art. 5º da CF e da aplicação dos princípios da máxima

efetividade das garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), da máxima proteção dos direitos humanos (§ 2º), da unidade constitucional e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) na interpretação da legislação penal. 1.2 Da violação ao princípio da estrita legalidade penal. 1.3 Da violação ao princípio favor rei ou da interpretação mais benéfica ao réu e da vedação à analogia *in malam partem* (Estatuto de Roma). 1.4 Da intenção legislativa. 1.5 Do superencarceramento e do estado de coisas inconstitucional carcerário brasileiro. 1.6 Da retroatividade da lei penal mais benéfica. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Na véspera de Natal do ano de 2019, veio ao mundo jurídico brasileiro a Lei n.º 13.964/19, chamada, desde sua tramitação nas casas do Congresso Nacional, de “Pacote Anticrime”, como forma de realçar o seu suposto caráter aperfeiçoador da legislação penal e processual brasileira – função autoatribuída que, inclusive, constou da epígrafe do referido veículo normativo –, além do tanto aclamado e midiático como impreciso escopo de combater a corrupção e a impunidade generalizadas de nosso país.

A verdade, porém, é que se tratou, em sua maior parte, de mais um conjunto de normas de recrudescimento da persecução penal, aumento de penas e dificuldade de seu cumprimento para a recuperação progressiva da liberdade pelo condenado. Dentro desse movimento de enrijecimento da legislação penal – que não é novo no direito criminal brasileiro –, a Lei n.º 13.964/19 teve como um de seus aspectos mais significativos a modificação do art. 112 da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84) e a diversificação e o aumento das frações de cumprimento de pena para progressão de regime, adotando percentuais variáveis entre 16% e 70%, conforme a natureza do crime e a primariedade ou reincidência do apenado. Tratou-se, de maneira geral, de uma elevação considerável da fração única anterior, de 1/6 (correspondente a 16%, aproximadamente), prevista no art. 112 da LEP, em sua redação original, para os crimes comuns, e das frações de 2/5 e 3/5 (correspondentes a 40% e 60%, respectivamente), conforme a primariedade ou reincidência do agente, então prevista no art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90, para os crimes hediondos e equiparados (*caput* do mesmo artigo).

É sobre essa última alteração, relativa às frações de progressão de regime de pena dos crimes hediondos e equiparados, que tratará o presente artigo, na medida em que entre as espécies criminais formalmente equiparadas aos crimes hediondos figurava, exata e unicamente por força do disposto no § 2º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, o tráfico de ilícito de entorpecentes e drogas afins, o qual chamaremos resumidamente de tráfico de drogas (ou simplesmente de tráfico) no decorrer deste trabalho. Essa alteração legislativa em específico, apesar de ter se dado em meio a diversas alterações de cunho reforçador do punitivismo estatal, operado pelo chamado “Pacote Anticrime”, produziu resultado diverso do restante da maior parte do mesmo diploma, no sentido de diminuir a repressão jurídica penal contra o crime de tráfico de drogas, ao revogar a sustentação normativa de sua equiparação aos crimes hediondos e, com isso, afastá-lo das regras mais rígidas de progressão de regime reservadas a essa espécie de delitos.

Para se chegar a essa conclusão, será necessário interpretar e aplicar a Lei n.º 13.964/19 e as leis que ela alterou, em conformidade com os princípios constitucionais que orientam e condicionam a validade da legislação penal brasileira. Como consequência desse esforço hermenêutico fundamental e confirmador da força normativa da Constituição, ter-se-ão efeitos práticos muito importantes sobre o atual “estado de coisas inconstitucional” do nosso sistema carcerário, rumo, quiçá, a alguma mitigação da superpopulação prisional, majoritariamente constituída por pessoas condenadas pelo crime de tráfico de drogas.

1. DA NÃO EQUIPARAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS AOS CRIMES HEDIONDOS E DA ATUAL FRAÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME

O primeiro objetivo deste artigo, como o seu próprio título indica, é demonstrar que a equiparação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/06) aos crimes hediondos não existe mais em nosso ordenamento jurídico, desde a promulgação da Lei n.º 13.964/19, em razão da revogação do único dispositivo legal que sustentava essa aproximação jurídica entre as referidas categorias penais: o art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90.

A principal consequência prático-jurídica dessa interpretação é conferir aos condenados pelo crime de tráfico de drogas o direito à progressão de regime, pelo cumprimento de 16% ou 20% da pena, conforme sejam primários ou reincidentes e ostentem boa conduta carcerária, já que se trata de crime praticado sem violência ou grave ameaça, nos termos do art. 112, incs. I ou II, e §1º da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84). Não se aplicariam a tais pessoas, portanto, as porcentagens do requisito objetivo de progressão de regime previstas nos incs. V a VII, porquanto não haveria de se falar mais em equiparação do tráfico aos crimes hediondos. Eis os dispositivos citados e sobre os quais recai a controvérsia jurídica, na atual redação do art. 112 da LEP:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão¹.

A primeira tese que se evoca em defesa da manutenção da equiparação, mesmo após a revogação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos – e consequente subsunção da progressão dos condenados por tráfico aos incs. V a VII do art. 112 da LEP – é a de que tal equiparação não derivaria da lei, mas da norma constitucional positivada no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de raciocínio, por sua simples figuração ao lado dos crimes hediondos, no inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal, o crime de tráfico de drogas seria constitucionalmente equiparado àquela categoria de crimes mais graves, assim como o seriam a tortura e o terrorismo. Desse modo, as disposições do *caput* e do § 2º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90 seriam não mais do que simples conformações da legislação infraconstitucional à norma superior da CF, não perdendo o tráfico, por isso, a natureza de crime equiparado a hediondo com a simples revogação das disposições pretéritas da legislação infraconstitucional.

Via de consequência, as regras de progressão de regime fixadas pela Lei n.º 13.964/19 para os crimes hediondos e equiparados, notadamente no art. 112, incs. V, VI e VII (40%, 50% e 60% de cumprimento da pena), seriam integralmente aplicáveis ao crime de tráfico de drogas, na atual configuração das normas de execução penal. Não haveria espaço, portanto, segundo esse entendimento, para a aplicação das porcentagens fixadas para os crimes comuns (16% e 20%, conforme primário ou reincidente), ainda que o tráfico não seja um crime praticado com violência ou grave ameaça a pessoa.

Outra razão evocada para defender essa tese é a de que a lei do “Pacote Anticrime” teria dito menos do que queria, devendo ser interpretada conforme a motivação aparente do legislador, que seria a de aumentar a

¹ BRASIL. Lei n.º 7.210, 11 jul. 1984.

punição dos crimes hediondos e equiparados, dando sequência à mesma linha de recrudescimento da legislação penal (Lei n.º 8.072/90) que já vigorava contra esses crimes e entre os quais figurava o crime de tráfico de drogas.

Vela destacar que, ao menos por ora, essa interpretação é a que vem prevalecendo tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, do que servem de exemplo as ementas dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. EXECUÇÃO PENAL. CÁLCULO DE PENA PARA PROGRESSÃO DE REGIME. REVOGAÇÃO DO § 2º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELA LEI 13.964/2019. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A HEDIONDEZ DA INFRAÇÃO PENAL. DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO (ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

1. Inadmissível, como regra, o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.

2. Nos termos do disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (artigo 33, caput, e § 1º, Lei 11.343/2006) é figura típica equiparada aos crimes hediondos, assim discriminados na Lei 8.072/90.

3. A revogação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 13.964/2019 em nada influenciou na caracterização da hediondez do delito de tráfico de drogas, porquanto a equiparação decorre de previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

4. Agravo regimental conhecido e não provido².

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC 216838 AgR-segundo**, 5 set. 2022. Em idêntico sentido: HC 215771 AgR (Rel. Ricardo Lewandowski); HC 215.832/SP (Rel. Min. Nunes Marques); HC 216646/PR (Rel. Min. Nunes Marques); HC 215.831/SP (Rel. Min. Dias Toffoli).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. RETIFICAÇÃO DOS CÁLCULOS DE PENA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. PACOTE ANTICRIME. ALTERAÇÕES QUE NÃO AFASTARAM A NATUREZA DE DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO, QUE DECORRE DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. “A revogação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 13.964/2019 não tem o condão de retirar do tráfico de drogas sua caracterização como delito equiparado a hediondo, pois a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.” (AgRg no HC 729.332/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022)

2. Com base no julgamento do REsp 1.918.338/MT (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/5/2021, DJe 31/5/2021), como recurso representativo da controvérsia, e no art. 112, § 5º, da LEP, na nova redação dada pelo Pacote Anticrime, é seguro dizer que se mantém a hediondez do crime de tráfico de drogas, ressalvando apenas, em consonância com o entendimento do STF (HC 118.533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 16/9/2016), a hipótese do tráfico privilegiado.

3. Agravo regimental desprovido³.

Essa interpretação da legislação constitucional e infraconstitucional, contudo, viola claramente princípios basilares do Direito Penal, a exemplo da estrita legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CF; art. 9º da CADH; art. 1º do CP), da retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, XL) e da máxima efetividade das garantias fundamentais (art. 5º, § 1º) e dos direitos humanos (§ 2º), além dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da interpretação legal mais favorável ao réu (*favor rei*), da vedação à analogia *in malam partem* e da unidade constitucional, que serão todos abordados a seguir.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (5ª Turma). **AgRg no HC n.º 729.120/RS**, 2 ago. 2022. No mesmo sentido: AgRg no HC n.º 745.958/PR (Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro).

1.1 Da correta interpretação do inc. XLIII do art. 5º da CF e da aplicação dos princípios da máxima efetividade das garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), da máxima proteção dos direitos humanos (§ 2º), da unidade constitucional e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) na interpretação da legislação penal

Como dito, o primeiro fundamento normalmente invocado para sustentar a total equiparação do tráfico aos crimes hediondos seria o próprio texto constitucional do inc. XLIII do art. 5º, *in verbis*:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...]⁴

Em suma, pela simples previsão de que o tráfico, a tortura, o terrorismo e os crimes hediondos são todos insuscetíveis de graça, indulto ou anistia, a conclusão seria a de que a própria Constituição equiparou, para todos os efeitos, essas categorias criminais. Trata-se de uma conclusão, com toda vênua, equivocada.

Primeiramente, a Constituição afasta desses crimes apenas a aplicação de quatro institutos penais muito específicos: a fiança, a graça, o indulto e a anistia. Não se pode concluir, tão somente disso, que todo o tratamento penal a ser dispensado pelo legislador a todas essas categorias penais deva ser inexoravelmente o mesmo. A previsão de outros efeitos penais ou processuais penais a qualquer deles somente pode advir de lei em sentido estrito, sob pena de ofensa também ao princípio da legalidade, como adiante veremos. E, talvez o mais importante, o agravamento penal de apenas alguns não autoriza sua extensão automática aos demais, em razão da taxatividade das restrições à liberdade estabelecidas pela Constituição. Nesse sentido, ainda, as lições de Alexandre de Moraes sobre a eficácia limitada do inc. XLIII do art. 5º da CF, a demandar sempre edição de lei para o seu aperfeiçoamento e produção de efeitos:

O art. 5º, XLIII, da Constituição Federal é uma norma constitucional de eficácia limitada, pois necessita da

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

atuação do legislador infraconstitucional para que sua eficácia se produza. Assim, quanto à inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia foi editada a lei dos crimes hediondos, porém, no tocante à definição do crime de terrorismo e tortura, foi, ainda, necessária a edição de lei infraconstitucional, de competência da União (art. 22, I, da CF), tipificando-os, em razão do próprio preceito constitucional do art. 5º, XXXIX⁵.

Também o entendimento sufragado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.949:

Por certo, a Constituição reservou a determinados crimes particular severidade repressiva (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). Mas, como observa Magalhães Gomes Filho, por sua natureza, as restrições que estabelecem são taxativas: delas, não se podem inferir, portanto, exceções à garantia constitucional – qual, a da vedação da prova ilícita –, estabelecida sem limitações em função da gravidade do crime investigado⁶.

Em segundo lugar, há de se lembrar que o inc. XLIII do art. 5º está inserido topograficamente entre os princípios e garantias fundamentais (Título II), os quais, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput) e sob o fundamento da dignidade da pessoa humana (inc. III), dizem respeito, sobretudo, à proteção dos indivíduos em face do Estado, e não o contrário⁷. O referido dispositivo contém a peculiaridade de prever maior reprovabilidade a certas espécies penais, aumentando, portanto, o poder punitivo do Estado em tais casos. Contudo, exatamente por sua posição entre as garantias fundamentais individuais, o inc. XLIII tem de ser interpretado restritivamente, sob pena de contrariar outros princípios constitucionais, como os da máxima efetividade das garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), da máxima proteção dos direitos humanos (§ 2º) e da unidade (ou da concordância prática, ou harmonização) constitucional⁸, além da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

⁵ MORAES, A. de. **Direito constitucional**, 2021, p. 77.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC 80.949**, 30 out. 2001.

⁷ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**, 2022, p. 16. No mesmo sentido: MORAES, *op. cit.*, p. 59. CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**, 1993, p. 541.

⁸ NUNES JUNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**, 2018, item 10.7.

Assim, toda interpretação do inc. XLIII do art. 5º da CF tem de se dar de forma restritiva quando implique aumento do poder punitivo do Estado sobre os indivíduos a ele submetidos⁹.

No caso da tese que defende a atual continuidade da equiparação do tráfico aos crimes hediondos, nota-se que parte de interpretação do referido dispositivo constitucional ampliativa de seu conteúdo punitivo, para defender que a simples inserção do crime de tráfico de drogas entre os crimes insuscetíveis de fiança, graça, indulto e anistia o tornaria um crime equiparado aos hediondos, para todos os efeitos, incluindo as regras de progressão de regime do art. 112, V a VIII, da LEP.

Entretanto, se a equiparação dos três crimes não hediondos (tráfico, tortura e terrorismo) com os crimes hediondos fosse realmente de ordem constitucional, não haveria razão para o art. 17 da Lei n.º 13.260/2016 determinar a aplicação da Lei de Crimes Hediondos aos delitos de terrorismo¹⁰, tampouco poderia o STJ excluir o delito de associação para o tráfico do rol de delitos hediondos equiparados por ausência de previsão legal, como o fez nos diversos precedentes que posteriormente resultaram na fixação da tese 28 do “Jurisprudência em Teses – ed. 131 de 23/08/2019”.

2. O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente elencado no rol do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/1990.

Tese 28: O crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006) não figura no rol taxativo de crimes hediondos ou de delitos a eles equiparados¹¹.

A interpretação realizada por ora pelo STJ, dando sentido ampliativo do poder punitivo do Estado ao inc. XLIII do art. 5º da Carta Magna, para equiparar, para todos os efeitos, os crimes ali previstos, portanto, fere o próprio texto do inc. XLIII, que não faz equiparação de tamanho alcance, assim como os princípios citados da máxima efetividade das garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), da máxima proteção dos direitos humanos (§

⁹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, 2020, RB-4.9.

¹⁰ “Art. 17. Aplicam-se as disposições da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei.” BRASIL. **Lei n.º 13.260**, 16 mar. 2016.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (5ª Turma). **HC 537.943/RS**, 12 nov. 2019.

2º), da unidade constitucional e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o que importa na não conformidade dessa corrente de entendimento com os citados preceitos constitucionais.

1.2 Da violação ao princípio da estrita legalidade penal

Prevê o art. 5º, XXXIX, da CF, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O mesmo também se encontra previsto no art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹² e no art. 1º do Código Penal, consagrando, em âmbito constitucional, supralegal e legal, o princípio da legalidade penal estrita (ou da reserva legal)¹³.

Apesar da clareza dos dispositivos citados, a aplicação do referido princípio importa ainda na conclusão de que, em matéria penal, a lei tem de ser expressa naquilo que gere efeitos punitivos mais graves à pessoa acusada de crime. Consequentemente, quando não há previsão na lei, nenhum efeito penal deletério dela pode ser extraído em prejuízo do réu¹⁴.

É exatamente o que ocorre com a tese de equiparação do tráfico aos crimes hediondos, porquanto inexistente previsão legal que realize tal comparação em termos penais e, mais especialmente, para os efeitos da execução da pena na sua forma progressiva (art. 33, § 2º, do CP¹⁵ e art. 112, *caput*, da LEP). Nesse sentido, destaca-se novamente a tese n.º 28 do STJ do “Jurisprudência em Teses – ed. 131 de 23/08/2019”, que, ao afastar a equiparação de hediondez do delito de associação para o tráfico, utilizou-se do critério legal, donde se depreende que não há rol constitucional de delitos equiparados a hediondos, mas apenas aqueles, expressa e taxativamente, eleitos pelo legislador infraconstitucional.

¹² “Artigo 9 - Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.” BRASIL. **Decreto n.º 678**, 6 nov. 1992.

¹³ NUCCI, G. de S. **Manual de direito penal**, 2022, p. 39-40.

¹⁴ PRADO, L. R. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120), 2021, p. 167.

¹⁵ “Art. 33 [...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...]” BRASIL. **Decreto-lei n.º 2.848**, 7 dez. 1940.

Nesse ponto, há de se reiterar que o inc. XLIII é uma norma constitucional de eficácia limitada¹⁶, porquanto depende de lei para a definição da categoria dos crimes hediondos, sem o que não possui aplicabilidade alguma. A Lei n.º 8.072/90 veio cumprir esse papel, trazendo, em seu art. 1º, o rol taxativo dos crimes que devem ser considerados hediondos. Sendo um rol taxativo, nada que estiver fora dele, portanto, pode ser considerado como crime hediondo; tal é o caso do crime do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, não inserido no dito dispositivo legal¹⁷.

Com efeito, somente no art. 2º da referida Lei n.º 8.072/90 é que se passa a mencionar o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, para salientar a impossibilidade de fiança, graça, indulto ou anistia – uma simples reiteração do texto constitucional que nada acrescenta em termos ampliativos dos possíveis efeitos penais para esses crimes.

A efetiva equiparação penal entre o tráfico e os crimes hediondos, especialmente no campo do cumprimento da pena, somente veio a se efetivar com o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, e a então previsão legal de que, nesses casos, a privação da liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado – verdadeira instituição do *truth in sentencing* no sistema penal brasileiro¹⁸. Essa previsão, como se sabe, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 82959¹⁹. Posteriormente, a Lei n.º 11.464/07 (e, depois, a Lei n.º 13.769/18) alterando a Lei n.º 8.072/90, passou a prever o início do cumprimento da pena em regime fechado (também declarado

¹⁶ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**, 2022, p. 142-143.

¹⁷ “O Brasil adotou o critério legal, segundo o qual somente é hediondo aquilo que está definido em lei. É do legislador a função de classificar esses crimes, sendo o respectivo rol taxativo, sob pena de violação ao princípio da legalidade.” OLIVEIRA, L. H. S. B. Rol de crimes hediondos: art. 1º da Lei n.º 8.072/90. *In*: AMORIM, B. M.; AKERMAN, W. (coord.). **Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal**, 2020, RB-20.1.

¹⁸ “*Truth in sentencing*” (pena verdadeira), também conhecida como “*honesty in sentencing*” (pena honesta), consiste em um neologismo que alude às leis de “*truth in lending*” da década de 1970, as quais exigiam que os empréstimos ao consumidor tivessem regras claras quanto à cobrança de juros e aos termos de financiamento. No âmbito do sistema penal, o termo denota uma presunção de desonestidade em institutos como liberdade condicional, indulto, entre outros mecanismos que resultam em redução do tempo de execução da pena privativa de liberdade. Sobre o tema, ver: TRAVIS, J. (*et al.*). **The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences**, 2014. TONRY, M. *Sentencing in America, 1975-2025*. **Crime and Justice**, 2013.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **HC 82959**, 23 fev. 2006.

inconstitucional e que resultou na edição da Súmula Vinculante n.º 26)²⁰. Por fim, com a redação do § 2º do art. 2º, condicionou-se a progressão de regime, nesses casos, ao cumprimento de 2/5 da pena, se primário o apenado, e 3/5, se reincidente. Esse era o quadro legal que conferia efeitos equiparativos entre o tráfico e os crimes hediondos, para efeitos penais, mesmo assim limitado à forma de cumprimento da pena e da respectiva progressão de regime. Veja-se que, conforme a doutrina:

[...] a Constituição Federal (art. 5º, XLIII, CF/88) sequer determina que os crimes de tráfico, tortura, terrorismo e os crimes hediondos teriam critérios agravados de progressão. Isso só foi realizado, por escolha legislativa, em 2007 (Lei n.º 11.464/2007), quando alterado o §2º, do art. 2º, da Lei n.º 8.072/1990²¹.

Por essa razão, inclusive, a Súmula 471 do STJ impede a aplicação retroativa da Lei n.º 11.464/07:

Súmula 471 do STJ - Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional²².

Contudo, com o advento da Lei n.º 13.964/19, houve a expressa revogação do art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90, deixando de existir no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma legal que conferisse tratamento equiparado, para efeitos de progressão de regime, entre o tráfico e os crimes hediondos. Nesse sentido:

O princípio/regra da reserva legal na esfera penal (art. 5º, XXXIX, CF e art. 1º, CP), lido na sua esfera mais ampla e teleológica, impede não somente a tipificação de delitos (preceito primário e secundário), mas também o agravamento das condições de cumprimento

²⁰ Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

²¹ SILVEIRA, E. R. da S.; TAKAYASSU, F. de M. Tráfico de drogas e progressão de regime: a lei anticrime e a não hediondez do delito. **Consultor Jurídico**, 18 mai. 2021.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **Súmula 471**, 23 fev. 2011.

da pena (ex. critérios de progressão de regime), senão por lei formal.

Nesse sentido, o caráter hediondo de um delito (ou sua equiparação), considerando as repercussões penais dessa qualidade, somente pode ser etiquetado pelo legislador, em rol expresso e taxativo.

Ademais, o constituinte (art. 5º, XLIII, CF/88) e o legislador (art. 2º, §2º, da Lei n.º 8.072/1990), ao colocarem os delitos de “tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo” ao lado dos delitos hediondos, por exclusão lógica, definiu que esses três delitos não são hediondos.

Do mesmo modo, não houve, por parte do constituinte, “equiparação” aos delitos hediondos, visto que apenas se atribuiu determinadas características comuns a todos eles, em claro exemplo de silêncio eloquente.

Em razão disso, as previsões contidas na nova redação do art. 112 da LEP acerca de supostos delitos “equiparados a hediondos” restam completamente esvaziadas, ante a ausência de previsão legal expressa acerca do seu conteúdo, bem como a impossibilidade de criação dessa figura mais gravosa por outro meio, como interpretação extensiva ou analogia (princípio/regra da reserva legal penal)²³.

Uma vez ausente o fundamento legal para a equiparação do tráfico com os crimes hediondos, a manutenção dessa equiparação passou, portanto, a configurar clara violação ao princípio da legalidade penal previsto no art. 5º, XXXIX, da CF e no art. 1º do CP.

Por essas violações, a interpretação do art. 112 da LEP que resulte na aplicação de qualquer das regras de progressão dos seus incs. V a VIII – e que tratam de crime hediondo ou equiparado – aos condenados por crime de tráfico de drogas implica violação ao princípio da estrita legalidade penal. Em seu lugar, deve prevalecer a regra do inc. I, ou seja, o percentual de 16%, no caso dos réus primários, ou a regra do inc. II, 20%, no caso dos réus reincidentes condenados por tráfico, uma vez que se trata de crime praticado sem violência ou grave ameaça.

²³ SILVEIRA, E. R. da S.; TAKAYASSU, F. de M. Tráfico de drogas e progressão de regime: a lei anticrime e a não hediondez do delito. **Consultor Jurídico**, 18 mai. 2021.

1.3 Da violação ao princípio favor rei ou da interpretação mais benéfica ao réu e da vedação à analogia *in malam partem* (Estatuto de Roma)

Como dito anteriormente, na falta de expressa previsão legal, nenhum efeito extensivo do poder punitivo estatal pode ser concretizado. De outro lado, toda interpretação da legislação penal, em casos de lacuna ou mesmo de dúvidas, deve ser orientada pelo princípio do *favor rei*, ou seja, pelo sentido normativo que mais favoreça o réu em seus direitos individuais fundamentais²⁴. Da mesma feita, interpretações extensivas das normas penais em prejuízo do réu não podem ocorrer, sob pena de configurarem complementações ou analogias *in malam partem*, igualmente vedadas pelo arcabouço principiológico constitucional e infraconstitucional penal²⁵.

Nesses sentidos, inclusive, são as disposições do Estatuto de Roma, tratado internacional incorporado ao direito pátrio pelo Decreto 4.388/02, que em seu art. 22.2 prevê:

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada²⁶.

Sobre o ponto, necessário trazer justamente o entendimento referendado pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à não utilização de interpretação extensiva no caso da fração de progressão para o condenado reincidente não específico, conforme o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.327.963, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.169), fixou a seguinte tese:

Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (artigo 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei n.º 13.964/2019 no artigo 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inciso VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia *in bonam partem*, para

²⁴ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**, 2022, p. 42.

²⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, 2020, RB-4.8. Também: OLIVÉ, J. C. F. (*et al.*) **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema, 2017, p. 89. DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**: parte geral, 2022, RB-5.68

²⁶ BRASIL. **Decreto n.º 4.388**, 25 set. 2002.

aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 da LEP (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico²⁷.

Nessa senda, o precedente supracitado, apesar de não ter discutido a tese sobre a impossibilidade de equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos, reforçou o entendimento de que a omissão legislativa deve ser interpretada de maneira favorável ao apenado.

Na mesma linha foi o Ministro Luiz Edson Fachin no âmbito do julgamento do RHC n.º 200.879/SC:

O silêncio normativo, contudo, deve ser saneado em atenção aos princípios norteadores da hermenêutica penal, cumprindo observar a proscrição à analogia *in malam partem*, o que não parece ter sido acatado com o devido rigor no caso presente. Efetivamente, se, como bem pondera o Tribunal de origem, houve por parte do legislador “atecnia ao não deixar clara a situação do apenado reincidente por crime comum”, deve a lacuna do texto normativo ser preenchida de forma mais favorável ao acusado, em atenção ao princípio do *favor rei*²⁸.

No âmbito do Recurso Especial repetitivo n.º 1.910.240/MG, o Superior Tribunal de Justiça não destoou ao tratar da mesma omissão legislativa:

A partir do pressuposto segundo o qual não se admite no Direito Penal incriminador a analogia *in malam partem*, não resta outra alternativa ao julgador, diante da conjuntura delineada, que não a aplicação aos reincidentes genéricos dos patamares de progressão referentes aos sentenciados primários, uma vez que, ainda que não sejam primários, reincidentes específicos também não o são²⁹.

Não há dúvida de que a melhor interpretação do inc. XLIII do art. 5º da CF é aquela que restringe as equiparações feitas pelo Constituinte originário entre o tráfico e os crimes hediondos àquelas hipóteses

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Rg no ARE 1.327.963/SP**, 17 set. 2021.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RHC 200879**, 24 mai. 2021.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **REsp n.º 1.910.240/MG**, 26 mai. 2021.

expressamente delineadas: inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça, indulto ou anistia. Por outro lado, não se pode reputar como mais favorável ao réu a interpretação de que, apenas por estar no mesmo inciso dos crimes hediondos, o crime de tráfico de drogas seria a eles automaticamente equiparado, para todos os efeitos, especialmente quando isso agravar a forma de cumprimento da pena.

Do mesmo modo, não se insere na interpretação mais favorável ao réu aquela que estende ao tráfico as mesmas regras de progressão de regime dos crimes hediondos, sem que exista lei expressa nesse sentido, como era o caso do art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90, não se podendo reputar o uso da expressão “ou equiparado” dos incs. V a VII do art. 112 da LEP como suficiente ao suprimento da lacuna legal penal deixada pela revogação do referido dispositivo pela Lei n.º 13.964/19.

Em verdade, a interpretação mais favorável ao réu do art. 112 e seus incisos e, portanto, a única juridicamente possível é aquela que não confere ao tráfico a natureza de crime hediondo, quando a norma legal que sustentava essa equiparação, o § 2º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, foi expressamente revogada pela Lei n.º 13.964/19. Também decorre do princípio do *favor rei* que o simples uso da expressão “ou equiparado” nos incisos V a VIII do art. 112 não supre a falta de previsão legal de que o tráfico seja efetivamente equiparado aos crimes hediondos ou, ainda que o fosse sob alguns aspectos – a exemplo da inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça, indulto ou anistia –, certamente não poderia sê-lo, de forma automática e sem previsão legal expressa e específica, para os efeitos da progressão de regime prisional. Nesse sentido, a doutrina:

Assim, por não existir um rol constitucional/legal de delitos “equiparados” a hediondo (única forma possível de estabelecimento), qualquer norma extensiva nesse sentido deverá ser expressa e específica.

Em outras palavras, deverá indicar de forma clara e individual os delitos escolhidos e as características a serem compartilhadas, assim como a CF/88, com os delitos de tortura, tráfico de drogas e terrorismo, e a característica de vedação à fiança, graça anistia e como fazia a antiga redação do § 2º, art. 2º, Lei de Crimes Hediondos, com os critérios de progressão de regime. [...]

Repita-se, não existe juridicamente uma categoria predefinida de delitos equiparados a hediondos, mas apenas determinadas características dos delitos hediondos que, a critério do legislador, são atribuídas expressamente a outros delitos³⁰.

Não obstante tenha, aparentemente, mudado de entendimento em julgado posterior da Sexta Turma³¹, convém citar a decisão monocrática liminar do Ministro do STJ Sebastião Reis Júnior, relator no HC 736.333/SP (j. 22/04/2022, DJe 26/04/2022) nesta direção:

Busca a impetração a alteração dos cálculos da pena, em relação à progressão de regime – referente à execução de pena privativa de liberdade de 6 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias de detenção, em razão de condenação pela prática dos crimes de tráfico de drogas e desobediência –, ao argumento de **ausência** de previsão legal para aplicar as frações de crime hediondo para progressão de regime.

O deferimento de liminar em habeas corpus é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano.

No caso, em juízo de cognição sumária, tem-se que razão assiste à impetração, uma vez que o permissivo legal que equiparava o delito de tráfico de drogas a hediondo – a progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (art. 2º, § 2º da Lei n.º 8.072/1990) – foi revogado pela vigência da Lei n.º 13.964/2019. Isso porque a aparente ausência de disposição legal equiparando o crime de tráfico de drogas a delito hediondo não poderia ser suprida por ato extralegal. Então, em juízo de cognição sumária, por estarem presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano, elementos indispensáveis à concessão da tutela de urgência, defiro o pedido liminar para determinar a alteração provisória dos cálculos de pena do paciente, até o julgamento do mérito do

³⁰ SILVEIRA, E. R. da S.; TAKAYASSU, F. de M. Tráfico de drogas e progressão de regime: a lei anticrime e a não hediondez do delito. **Consultor Jurídico**, 18 mai. 2021.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **AgRg no HC n.º 723.462/SC**, 14 jun. 2022.

presente writ, devendo ser considerados as frações de crime comum para condenação pelo delito de tráfico de drogas, na Execução n.º 0001231-18.2022.8.26.0996, da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal (DEECRIM 5ª RAJ) da comarca de Presidente Prudente/SP³².

Destarte, por violação ao princípio do *favor rei*, também deve prevalecer a interpretação de que as frações corretas a serem aplicadas para progressão de regime aos condenados por tráfico de drogas são de 16% ou 20%, conforme seja o réu primário ou reincidente (art. 112, incs. I ou II, da LEP), e não o entendimento de que as frações aplicáveis seriam as mesmas previstas para os crimes hediondos (incs. V a VII).

1.4 Da intenção legislativa

Um outro fundamento é por vezes invocado na defesa da tese de manutenção da natureza de crime equiparado ao hediondo, após a promulgação da Lei n.º 13.964/19: o de que a intenção do legislador não foi revogar essa equiparação antes realizada através do art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90, mas, sim, mantê-la, ao menos implicitamente.

Se essa não foi a finalidade da elaboração da norma, isso não é um problema que cumpre ao intérprete solucionar, especialmente em desfavor da pessoa acusada de crime e, portanto, de forma contrária a princípios constitucionais muito maiores do que a abstrata, multifacetada e de difícil perscrutação intenção legislativa. Com efeito, valores constitucionais fundamentais muito maiores estão em jogo nesse caso, como os já citados princípios da estrita legalidade penal, da máxima efetividade das garantias fundamentais e dos direitos humanos, da unidade constitucional e da interpretação mais favorável ao réu. Nesse sentido, leciona Luiz Regis Prado sobre a interpretação da lei penal:

A lei, uma vez promulgada, destaca-se do legislador e passa a ter existência própria e consistência autônoma, distinta do órgão que lhe deu origem. Nesse sentido

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 736333/SP**, 22 abr. 2022. E, no mesmo sentido, a decisão monocrática do Relator na PET no HC 737479/SC (Min. Sebastião Reis Júnior, 29/4/2022).

é que se costuma afirmar que a lei é mais sábia que o legislador.

Não se justifica, portanto, que o intérprete investigue as volições do legislador, que não chegaram a sair do campo intencional. É preciso ter em conta que “a lei não é o que o legislador quis ou quis exprimir, mas tão somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei”³³.

A bem da verdade, quando realmente a intenção do legislador é equiparar totalmente (“para todos os efeitos”) um delito aos crimes hediondos, fá-lo expressamente, como no delito de terrorismo (art. 17 da Lei n.º 13.260/16: “Aplicam-se as disposições da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei”) – sem previsão semelhante na Lei de Drogas ou em qualquer outra lei. Nessa senda, o art. 44 da Lei n.º 11.343/06 prevê, por exemplo, quais seriam as características específicas que o tráfico de drogas teria em comum em relação aos delitos hediondos³⁴, sem, porém, determinar a equiparação total, como fez a já mencionada Lei de Terrorismo, muito menos equiparar a forma de execução e/ou progressão das penas das duas categorias criminais.

E existe razão lógica para essa não equiparação: o crime de tráfico de drogas, até pela natureza de tipo misto alternativo (com 18 condutas diferentes), pode variar imensamente; desde a apreensão de poucas gramas de maconha embaladas para comercialização no bolso de um jovem, num beco de uma grande cidade, passando pelo plantio para consumo próprio ou pelo simples fornecimento gratuito a outrem de um comprimido de ecstasy, até o transporte de toneladas de cocaína escondidas num casco de navio ou dentro de blocos de granito etc. Nota-se que há enormes nuances e diferenças nas condutas passíveis de serem enquadradas no tipo penal do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, e não é possível que todas elas – em abstrato e para todos os efeitos – sejam igualmente tratadas como crimes equiparados aos hediondos, que, via de regra, não contêm tamanha alternatividade penal.

³³ PRADO, L. R. **Tratado de direito penal**: parte geral, 2021, p. 167.

³⁴ “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.” BRASIL. **Lei n.º 11.343**, 23 ago. 2006.

Ademais, se o texto legal não refletiu a verdadeira intenção do legislador, está à sua disposição, a qualquer momento, a possibilidade de modificação da legislação em questão, para prever expressamente que o tráfico se equipara aos crimes hediondos ou para estabelecer que se sujeita aos mesmos requisitos de progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. E pode assim fazer pela via legislativa mais simples entre as que dispõe, que é a da edição de lei ordinária.

O que não pode ocorrer é a intervenção do Poder Judiciário – incumbido, sobretudo, da defesa da Constituição e da contenção de eventuais abusos pelos demais poderes constituídos (art. 2º da CF) – para conferir à lei penal interpretação extensiva de seus efeitos punitivos, para além daquilo que o Poder Legislativo previu, seja de forma clara, obscura ou mesmo deficiente ou com intenção equivocada. A atividade jurisdicional não se presta a corrigir erros de redação legislativa em desfavor do réu. A defesa dos princípios e garantias fundamentais deve estar acima da eventual e subjetiva necessidade de se corrigir esse tipo de má redação legal, especialmente *in malam partem*.

Assim, descabe, *data maxima venia*, a argumentação de que a intenção do legislador não seria a de revogar a hediondez do tráfico. Sendo essa a intenção ou não do Poder Legislativo (o que não pode ser afirmado com a certeza que o direito requer), o fato é que assim o fez, e as consequências disso devem ser aplicadas em prol daqueles alcançados pela alteração normativa, como é o caso do recorrente.

1.5 Do superencarceramento e do estado de coisas inconstitucional carcerário brasileiro

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em mais de uma oportunidade, que o sistema carcerário brasileiro se encontra, há muito tempo, em verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”³⁵. Um dos fatores que levaram nossa Suprema Corte a tal conclusão diz respeito à superlotação, fruto de diversas políticas públicas, incluindo legislativas, que, a pretexto de diminuir a criminalidade, apenas produziram o

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 347 MC**, 9 set. 2015.

aumento do encarceramento e o conseqüente fortalecimento das facções criminosas e da cooptação de novas pessoas para suas atividades ilícitas dentro e fora desse ambiente, resultando no exato oposto do que se alardeava obter com o recrudescimento da legislação penal. Não se trata de algo novo, apenas de algo que se repete há décadas e que somente se agrava com o tempo e com a involução legislativa pátria³⁶.

As prisões por tráfico desempenham fortíssimo papel, senão o maior de todos, nesse contexto. Segundo o último levantamento feito pelo Ministério da Justiça e pelo DEPEN³⁷, em 2021, a população carcerária do Brasil é a terceira maior do mundo, num total de 833.176 pessoas, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos, e o único em processo de crescimento (esses outros países vêm diminuindo sua quantidade de presos). Desse total, 219.399 são presos ou presas sob acusação ou condenação pelo crime de tráfico de drogas. Ou seja, mais de 26% da população carcerária constitui-se de pessoas privadas de liberdade em razão de processos criminais por tráfico de drogas – entre as mulheres, esse percentual alcança enormes 55%.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN

11º Ciclo – INFOPEN

jul-dez 2021

Nacional

População carcerária			833.176
População carcerária por 100.000 habitantes			390,58
Grupo: Legislação específica	258.683	18.437	277.120
Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	202.265	17.134	219.399
Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	165.807	13.388	179.195
Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06)	29.082	2.943	32.025
Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06)	7.376	803	8.179

³⁶ Novamente, aqui, um dos efeitos deletérios do chamado *truth in sentencing*

³⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. **11º Ciclo – INFOPEN**, jul./dez. 2021.

É óbvio que essa quantidade exorbitante de pessoas presas por tráfico, um crime cometido sem violência ou grave ameaça e não hediondo, decorre, especialmente, tanto das altas penas aplicadas como do excesso de tempo de encarceramento para se alcançar a progressão para regime mais brando e mais próximo da plena liberdade. Assim, essas pessoas, por opções legislativas encarceradoras (Leis 8.072/90, 11.343/06 e 13.964/19, p. ex.), passam muito mais tempo nos regimes fechado e semiaberto do que outros apenados. Enquanto isso, apesar de todo o discurso inflamado e massificado de que essas leis mais severas irão reduzir o tráfico de drogas e os índices de criminalidade, é público e notório que o resultado real e experimentado no dia a dia é exatamente o oposto: o consumo e o comércio de entorpecentes só aumentam, ao mesmo passo que só aumentam os índices de criminalidade, violência e insegurança pública.

Enfim, para além dos argumentos jurídicos expostos, fortes nos princípios mais basilares do Direito Constitucional e Penal que os sustentam, há ainda argumentos práticos para sustentar que a legislação penal deixou de prever qualquer razão para a progressão diferenciada e dificultada de regime das condenadas e dos condenados pelos crimes de tráfico de drogas que não aquela aplicável aos que tenham cometido crimes igualmente não violentos, sem grave ameaça e não hediondos.

Assim, deve ser reconhecido que as frações aplicáveis a tais casos são as dos incs. I ou II do art. 112 da LEP e não mais do que isso. Essa conclusão, para além de operar finalmente os preceitos constitucionais aplicáveis aos casos penais, ainda contribuirá significativamente para a redução da população carcerária e para o abrandamento dos problemas inerentes ao estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Não é algo que simplesmente pode ser feito, é algo que necessita ser feito – e com urgência.

1.6 Da retroatividade da lei penal mais benéfica

Posto que a Lei n.º 13.964/19 teve por um desses efeitos a revogação do art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90 e, conseqüentemente, do efeito equiparativo legal entre o tráfico e os crimes hediondos, em especial quanto à fração de progressão de regime, há de se concluir que se trata

de *novatio legis in melius* e que, portanto, deve retroagir para beneficiar todos os réus, inclusive aqueles condenados por crimes praticados antes de sua entrada em vigor, para que progridam de regime segundo as regras dos incs. I ou II (e não dos incs. V a VII) do art. 112 da LEP. É o que decorre da aplicação do art. 5º, XL, da CF e do art. 2º, parágrafo único, do CP:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado³⁸.

As disposições do art. 112, I e II, da LEP, portanto, quando mais favoráveis que as disposições originárias da Lei n.º 8.072/90 ou do que as das alterações promovidas pelas Leis 11.464/07 e 13.769/18, devem ser aplicadas para conferir aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes o direito às frações de 16 ou 20% de tempo de pena cumprida, conforme sejam primários ou reincidentes, para a progressão de regime. Essa aplicação tem lugar, inclusive, nos processos de execução penal em curso, devendo, por isso, ser realizada pelos juízos de execução em que estiverem tramitando, na forma do art. 66, I, da LEP.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Lei n.º 13.964/19, o chamado “Pacote Anticrime”, revogou o único dispositivo legal que conferia efeitos equiparadores do tráfico de drogas aos crimes hediondos, o art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), em especial para conferir às duas espécies criminais o mesmo tratamento legal quanto aos requisitos para progressão de regime de cumprimento de pena.

Viu-se que a simples inserção do tráfico no inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal, ao lado dos crimes de terrorismo, tortura e hediondos, como insuscetível de fiança, graça ou anistia não acarreta a extensão de todo e qualquer efeito conferido pelo legislador a uma das espécies criminais às demais ali elencadas, inclusive por ser o

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

referido dispositivo uma norma constitucional de eficácia limitada. Isto é, não existe equiparação constitucional e automática do tráfico aos crimes hediondos, dependendo tal efeito de estar expresso em lei infraconstitucional, de forma clara e específica; lei essa que, para a questão da progressão de regime diferenciado dos crimes hediondos e para sua extensão também ao crime de tráfico de drogas, era a Lei n.º 8.072/90, art. 2º, § 2º, o qual, com sua revogação pela Lei n.º 13.964/19, deixou de existir e de produzir efeitos jurídicos.

O entendimento em contrário, ou seja, de que o crime de tráfico de drogas continua equiparado, constitucional ou legalmente, aos crimes hediondos, desse modo, malferir princípios constitucionais fundamentais de proteção da pessoa humana e de limitação do poder punitivo do Estado, entre eles os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o da máxima efetividade das garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), o da máxima proteção dos direitos humanos (§ 2º), o da unidade constitucional, o da força normativa da Constituição, o da estrita legalidade ou da reserva legal penal (art. 5º, XXXIX, e art. 2º, parágrafo único, do CP), o da taxatividade, o da vedação à analogia *in malam partem* e o do *favor rei*.

Além disso, foi possível concluir que argumentos relativos à “verdadeira” (ou suposta) intenção do legislador por trás do texto normativo carecem de efetiva e segura verificação e que, de todo modo, sucumbem ante os princípios constitucionais destacados, na atividade de interpretação da norma jurídica penal.

Também foi possível concluir que a Lei n.º 13.964/19, na parte em que revogou o único e exclusivo fundamento de equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90), configurou verdadeira *novatio legis in melius*, alcançando, por força do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP), também os condenados por tráfico antes da entrada em vigor do “Pacote Anticrime”, devendo, por isso, ser aplicada às execuções penais atualmente em curso. Essa aplicação retroativa tem como efeito importantíssimo mitigar uma das mazelas inerentes ao “estado de coisas inconstitucional” em que está mergulhado o nosso sistema carcerário, permitindo a progressão de pena dos condenados por tráfico a partir do cumprimento dos mesmos requisitos legais reservados aos condenados por crimes igualmente comuns e praticados sem violência

ou grave ameaça, ou seja, com fundamento nos incisos I ou II do art. 112 da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), que preveem as porcentagens de 16% ou 20%, conforme seja o beneficiário primário ou reincidente. Considerando que os apenados por tráfico constituem mais de 1/4 da população carcerária masculina e mais da metade da feminina, a progressão de regime em menos tempo pode contribuir de forma significativa para a redução da população carcerária brasileira, atualmente a segunda maior do mundo.

Em suma, desde a entrada em vigor da Lei n.º 13.964/19 (ou seja, desde 24/12/2019), o condenado por tráfico de drogas tem direito público subjetivo de progredir de regime com o cumprimento de 16% da pena, se primário (art. 112, I, da LEP), ou de 20%, se reincidente (inc. II), caso tenha bom comportamento carcerário atestado pelo diretor da unidade prisional (§ 1º), não se aplicando nenhuma das disposições legais relativas aos crimes hediondos (incs. V a VII), dada a ausência de fundamento jurídico para a equiparação entre as espécies criminais para efeitos de execução e cumprimento de pena. É com essa interpretação da lei penal que podemos confirmar a força normativa da Constituição e resolver boa parte do problema carcerário do país com a urgência que a situação de flagrante inconstitucionalidade e indignidade da nossa realidade penitenciária requer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 6 nov. 1992.

BRASIL. **Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 2002.

BRASIL. **Lei n.º 11.343/06, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso

indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006.

BRASIL. **Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN. **11º Ciclo – INFOPEN**. Jul./dez. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2021.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC 80.949**. Voto do Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 30 out. 2001. DJ, 14 dez. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **HC 82959**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 fev. 2006. DJ, 1º set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 347 MC**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 set. 2015. DJe-031, 18/19 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (5ª Turma). **HC 537.943/RS**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 12 nov. 2019. DJe, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 22/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RHC 200879**. Relator: Edson Fachin, 24 mai. 2021. DJe-113, 11/14 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Rg no ARE 1.327.963/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (5ª Turma). **AgRg no HC n.º 729.120/RS**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 2 ago. 2022. DJe, 10 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC 216838 AgR-segundo**. Relatora: Rosa Weber, 5 set. 2022. Processo Eletrônico DJe-179, 08/09 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula 471**, 23 fev. 2011. DJe, 28 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **REsp n.º 1.910.240/MG**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 26 mai. 2021. DJe, 31 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 736333/SP**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 22 abr. 2022. DJe, 26 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **AgRg no HC n.º 723.462/SC**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 14 jun. 2022. DJe, 20 jun. 2022.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- OLIVÉ, Juan Carlos Ferré (*et al.*). **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- OLIVEIRA, Lucia Helena Silva Barros. Rol de crimes hediondos: art. 1º da Lei n.º 8.072/90. *In*: AMORIM, Bruna Martins; AKERMAN, William (coord.). **Pacote anticrime**: análise crítica à luz da Constituição Federal. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). Vol. 1, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- SILVEIRA, Érico Ricardo da Silveira; TAKAYASSU, Felipe de Mattos. Tráfico de drogas e progressão de regime: a lei anticrime e a não hediondez do delito. **Consultor Jurídico**, 18 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/tribuna-defensoria-trafico-drogas-progressao-regime-delito-comum>. Acesso em: 22 jun. 2022.
- TONRY, Michael. Sentencing in America, 1975-2025. **Crime and Justice**, v. 42, n. 1, 2013.
- TRAVIS, Jeremy (*et al.*). **The growth of incarceration in the United States**: exploring causes and consequences. Washington: The National Academies Press, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.